



Fall-Nr.: B 2010/128
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 16.09.2010
Entscheiddatum: 16.09.2010

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 16. September 2010

Öffentliches Beschaffungswesen, freihändiges Verfahren, Art. 25 Abs. 1 und Art. 33 VöB (sGS 841.11). Im freihändigen Verfahren ist die Einholung mehrerer Offerten zulässig; das freihändige Verfahren wird dadurch kein Einladungsverfahren. Auch dürfen im freihändigen Verfahren Abgebote eingeholt werden (Verwaltungsgericht, B 2010/128).

Anwesend: Präsident Prof. Dr. U. Cavelti; Verwaltungsrichter lic. iur. A. Linder,
Dr. B. Heer, lic. iur. A. Rufener, Dr. S. Betenharder-Künzle; Gerichtsschreiber lic. iur.
Th. Vögeli

In Sachen

P. AG,

Beschwerdeführerin,

gegen

Politische Gemeinde W.,

Vorinstanz,

und



B.B.,

Beschwerdegegner,

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen; Sanierungsleitung
"Schönenberg", Baumeisterarbeiten

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ Die Politische Gemeinde W. lud am 19. März 2010 drei Unternehmer ein, ein Angebot für die Baumeisterarbeiten bei der Kanalisation Schönenberg einzureichen. In der Einladung wurde zur Verfahrensart vermerkt, es handle sich um ein freihändiges Verfahren. Die drei Unternehmer reichten ein Angebot ein. Die Auftraggeberin liess in der Folge eine Abgebotsrunde durchführen. Am 11. Mai 2010 vergab der Gemeinderat W. den Auftrag zum Preis von Fr. 162'201.40 an B.B. Er teilte die Auftragsvergabe am 19. Mai 2010 den anderen Anbietern mit.

B./ Mit Eingabe vom 26. Mai 2010 erhob die P. AG Beschwerde beim Verwaltungsgericht und beantragte, der Vergabeentscheid vom 11. Mai 2010 sei aufzuheben, der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu erteilen und die Arbeiten seien im Einladungsverfahren neu auszuschreiben.

Der Gemeinderat W. beantragte in seiner Vernehmlassung vom 1. Juni 2010 die Abweisung des Begehrens um aufschiebende Wirkung.

Mit Verfügung vom 3. Juni 2010 wies der Präsident des Verwaltungsgerichts das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab.



Die Beschwerdeführerin erhielt Gelegenheit, sich zur Vernehmlassung der Vorinstanz zu äussern. Sie hielt in ihrer Eingabe vom 17. Juni 2010 an ihren Begehren fest. Auf ihre Vorbringen wird, soweit wesentlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

Der Beschwerdegegner liess sich zur Beschwerde und zum Begehren um aufschiebende Wirkung nicht vernehmen.

Darüber wird in Erwägung gezogen:

1. Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 2 Abs. 1 lit. b und Art. 5 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.1, abgekürzt EGöB). Die Beschwerdeschrift vom 26. Mai 2010 wurde rechtzeitig innerhalb der Beschwerdeschrift von zehn Tagen eingereicht und entspricht formal und inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen (Art. 5 Abs. 1 EGöB in Verbindung mit Art. 15 Abs. 3 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.32, abgekürzt IVöB).

Nach der Rechtsprechung kann mit der Beschwerde gegen einen Zuschlag im freihändigen Verfahren gerügt werden, dieses Verfahren sei zu Unrecht durchgeführt worden (vgl. GVP 1999 Nr. 36). Die Beschwerdeführerin ist daher als nicht berücksichtigte Anbieterin grundsätzlich zur Beschwerde gegen den Zuschlag und zur Rüge, es hätte ein Einladungsverfahren durchgeführt werden müssen, legitimiert (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, abgekürzt VRP). Auf die Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

2. Im Streitfall belief sich die Auftragssumme für die dem Bauhauptgewerbe zugehörige Leistung auf weniger als Fr. 300'000.--. Nach den Anhängen zur Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, abgekürzt VöB) und zur IVöB war daher eine Vergabe im freihändigen Verfahren grundsätzlich zulässig. Fest steht weiter, dass drei Unternehmen zur Offertstellung eingeladen wurden und in der Einladung ausdrücklich vermerkt war, dass der Auftrag im freihändigen Verfahren vergeben wird.



2.1. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts beschränkt sich bei der freihändigen Vergabe der Rechtsschutz auf die Frage nach der Zulässigkeit der Verfahrensart. Ein freihändig vergebener Zuschlag kann nicht auf die Anwendung von Zuschlagskriterien überprüft werden. Er ist nach der Rechtsprechung auch dann zulässig, wenn verschiedene Vergleichsofferten eingeholt wurden, solange nicht ein förmliches Einladungsverfahren durchgeführt wird (grundlegend GVP 1999 Nr. 36; vgl. auch VerwGE B 2004/148 vom 16. Dezember 2004 und B 2004/208 vom 7. April 2005, beide publiziert in: www.gerichte.sg.ch). Diese Praxis blieb bislang unangefochten. Die Beschwerdeführerin rügt im wesentlichen, mit der Einholung verschiedener Offerten habe die Vorinstanz das Einladungsverfahren gewählt.

2.2. Nach der Rechtsprechung verschiedener anderer Kantone wird die Einholung von Konkurrenzofferten im freihändigen Verfahren ebenfalls als zulässiges Vorgehen erachtet (vgl. die Nachweise bei Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Aufl., 1. Band, Zürich 2007, Rz. 217 ff. mit Hinweisen auf die Praxis der Kantone Bern, Aargau, Luzern, Schwyz und Thurgau). In der Literatur werden verschiedene Auffassungen zur Zulässigkeit der Einholung von Konkurrenzofferten im freihändigen Verfahren geäußert (vgl. die Verweise auf verschiedene Autoren bei Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 223). Ausserdem wird auch in einer einschlägigen Monographie die Auffassung vertreten, die Einholung mehrerer Offerten im freihändigen Verfahren sei unzulässig, da dies einem Einladungsverfahren gleichkäme (D. Kuonen, Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht, Diss. Bern 2005, S. 48, mit Hinweisen).

2.3. An der im Schrifttum geäußerten Kritik an der Praxis des St. Galler Verwaltungsgerichts fällt auf, dass die gesetzlichen Grundlagen in den Besprechungen soweit ersichtlich gar keine Beachtung fanden. Art. 25 Abs. 1 VöB bestimmt ausdrücklich, dass im Einladungsverfahren und im freihändigen Verfahren die vom Auftraggeber ausgewählten Anbieter ein Angebot einreichen können. Für beide Verfahrensarten verweist die massgebende Vorschrift auf eine Mehrzahl von Anbietern (die .. ausgewählten Anbieter), was nichts anderes bedeuten kann, als dass auch im freihändigen Verfahren mehrere Offerten eingeholt werden können. Auch bestimmt Art. 33 Abs. 3 VöB, dass Abgebote nicht zulässig sind, ausgenommen im freihändigen Verfahren. Damit lassen die massgebenden Vorschriften im freihändigen Verfahren



St.Galler Gerichte

Abgebote ausdrücklich zu. Abgebote sind Einladungen zur Überprüfung und Änderung des Offertpreises bzw. Preisverhandlungen. Sie setzen die Beteiligung mehrerer Anbieter an einem Verfahren voraus. Vertragsverhandlungen mit nur einem einzigen Anbieter werden nicht als Abgebote bezeichnet.

Im Schrifttum wird mitunter die Auffassung vertreten, die Vergabebehörde wähle materiell das Einladungsverfahren, wenn sie mehrere Anbieter unter Konkurrenzbedingungen offerieren lasse, ohne dass die Voraussetzungen des selektiven oder des offenen Verfahrens erfüllt seien (vgl. P. Rechsteiner, in: Baurecht [BR] 2004, Sonderheft Vergaberecht, S. 39; Kuonen, a.a.O., S. 48). Diese Auffassung wird aber ausschliesslich mit einem Hinweis auf andere Autoren begründet (Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Aufl., Zürich 2003, N 154 und 189). Diese Autoren halten dort aber lediglich fest, dass auch eine freiwillige Unterstellung unter ein höherstufiges Verfahren möglich ist, und dass auch beim Entscheid über einen freihändig vergebenen Zuschlag die allgemeinen Grundsätze verwaltungsmässigen Handelns zu beachten sind, wobei in jedem Fall den Teilnehmern ein fairer Wettbewerb zu gewährleisten sei, wenn sich die Vergabestelle im Rahmen einer freihändigen Vergabe für die Durchführung eines Einladungsverfahrens mit mehreren Offerenten entscheide (Galli/Moser/Lang, a.a.O., N 154 und 189). Dies bedeutet aber nicht, dass die formellen und materiellen Vorschriften des Einladungsverfahrens zwingend angewendet werden müssen. Der St. Galler Praxis wird allerdings unterstellt, sie wolle den Vergabebehörden einen "rechtsfreien" Restbereich vergabebehördlicher Willkür bewahren, was nicht zu überzeugen vermöge (Galli/Moser/Lang, a.a.O., N 190 in fine; ähnlich Kuonen, a.a.O., S. 52). In der Neuauflage des zitierten Werks wird die St. Galler Praxis allerdings nicht mehr kritisiert (Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 221), doch wird die Einholung mehrerer Offerten im freihändigen Verfahren gleichwohl materiell als Einladungsverfahren bezeichnet (Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 442). Immerhin wird in der neuesten Ausgabe der Publikation Baurecht die analoge Praxis der Kantone Thurgau und Zürich nicht mehr als unzulässig kritisiert (S. Scherler, in: BR 2010 S. 92).

Die Kritiker der St. Galler Praxis lassen bzw. liessen wie erwähnt die massgebende gesetzliche Bestimmung von Art. 25 Abs. 1 VöB, wonach auch im Einladungsverfahren mehrere Anbieter zur Offertstellung eingeladen werden können, ausser Betracht.



Zudem ist unerfindlich, weshalb der St. Galler Praxis unterstellt wird, sie wolle einen Freiraum für behördliche Willkür bewahren. Behördliches Handeln ist stets an die Grundsätze verfassungs- und gesetzmässigen Handelns gebunden, und diese gelten auch im freihändigen Verfahren. Wesentlich ist, dass wie im vorliegenden Fall transparent gemacht wird, dass der Zuschlag im freihändigen Verfahren erfolgen wird. Auch werden sogenannte Abgebotsrunden gemäss Art. 33 Abs. 3 VöB im freihändigen Verfahren ausdrücklich zugelassen. Im Hinblick auf einen wirksamen Wettbewerb und eine sparsame Verwendung öffentlicher Mittel ist die Einholung mehrerer Konkurrenzofferten im Rahmen eines freihändigen Verfahrens durchaus sinnvoll und zweckmässig. Es verhält sich also nicht so, dass im freihändigen Verfahren der Auftraggeber ausschliesslich mit einem einzigen Anbieter über den Leistungsumfang und den Preis verhandeln darf und dass nur ein einziger Anbieter in das Verfahren bzw. in Verhandlungen einbezogen wird. Art. 33 Abs. 3 VöB enthält eine Ausnahme vom Verbot von Abgebotsrunden für das freihändige Verfahren. Vertragsverhandlungen mit ausschliesslich einem Anbieter stellen keine Abgebotsrunden dar.

2.4. Soweit die Beschwerdeführerin beanstandet, dass im Entscheid über eine freihändige Vergabe keine Begründung anzuführen ist, sind ihre Ausführungen nicht stichhaltig. Es ist geradezu ein Merkmal der freihändigen Vergabe, dass sie nicht nach vorgängig formulierten und festgelegten Zuschlagskriterien erfolgt. Es ist daher gar nicht möglich, einen Zuschlag im freihändigen Verfahren förmlich zu begründen (vgl. die vom Bundesgericht angeführten Gründe für den Ausschluss einer Anfechtungsmöglichkeit im freihändigen Verfahren, BGE 131 I 137 E. 2.4). Auch muss die Behörde im freihändigen Verfahren nicht ausschliesslich den Preis als Zuschlagskriterium in Betracht ziehen. Sodann ist eine Vergabebehörde im freihändigen Verfahren auch nicht gehalten, bestimmte in anderen Verfahren massgebende Zuschlagskriterien zu beachten. Art. 25 Abs. 2 VöB schreibt einzig vor, dass nach Möglichkeit Anbieter ausgewählt werden, die Lehrstellen in einem für die Branche und die Betriebsgrösse angemessenen Umfang anbieten. Wenn also aufgrund der Auftragsgrösse ein Kleinunternehmer ausgewählt wird, der aufgrund der Betriebsgrösse keine Lehrstellen anbietet, so ist dies durchaus zulässig.

Die übrigen Vorbringen der Beschwerdeführerin lassen die Vergabe nicht als rechtswidrig bzw. ermessensmissbräuchlich erscheinen. Schwierigkeiten bei der



Koordination verschiedener Unternehmer auf derselben Baustelle sind kein Kriterium für die Rechtmässigkeit der Verfahrenswahl. Soweit die Beschwerdeführerin den Umstand erwähnt, dass sich der Betrieb des Beschwerdegegners in der Landwirtschaftszone befindet, berührt dies das Vergaberecht nicht. Wenn die Beschwerdeführerin zuverlässige Kenntnisse hat, dass der Beschwerdegegner mit seinem Betrieb gegen Vorschriften des Bau- bzw. Raumplanungsrechts verstösst, kann sie eine entsprechende Aufsichtsbeschwerde beim Gemeinderat einreichen. Fehl geht auch das Argument, das Vorgehen des Gemeinderates trage zum ruinösen Preiswettbewerb im Baugewerbe bei. Das öffentliche Beschaffungsrecht bezweckt nicht, den Anbietern bestimmte Margen zu sichern oder die Intensität des Wettbewerbs zu beschränken. Das Gemeinwesen als Auftraggeber ist auch nicht verpflichtet, das Konkurrenzverhältnis einzelner Anbieter auszuschalten oder zu verhindern, dass diese einander Aufträge streitig machen. Das Gemeinwesen ist daher nicht verpflichtet, Vergleichsofferten bei Anbietern einzuholen, welche nicht in einem direkten Konkurrenzverhältnis zu dem bzw. den am Verfahren Beteiligten stehen.

Die IVöB bestimmt, dass die Schwellenwerte und Verfahren in dem von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich beim Bauhauptgewerbe Fr. 300'000.-- betragen. Auch die IVöB sieht in Art. 12 Abs. 1 lit. c ausdrücklich ein freihändiges Verfahren vor. Die IVöB beschränkt sich bewusst auf die Regelung der Grundzüge des öffentlichen Beschaffungsrechts und der zur Durchsetzung ihrer Ziele notwendigen Vorschriften (Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 67). Art. 11 lit. c IVöB statuiert den Grundsatz des Verbots von Abgebotsrunden. Für das freihändige Verfahren sind aber Verhandlungen zulässig (Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 67 mit Hinweis auf die Vergaberichtlinien zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001, abgekürzt VRöB). Nach Art. 30 Abs. 2 VRöB sind Preisverhandlungen im freihändigen Verfahren ausdrücklich zulässig. Daher ist es den Kantonen auch nicht verwehrt, das Verbot von Abgebotsrunden nur auf den Konkordatsbereich zu beschränken (Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 67). Die Zulassung von Preisverhandlungen bzw. Abgebotsrunden im freihändigen Verfahren verstösst daher nicht gegen die IVöB.

2.5. Zusammenfassend ergibt sich aus den vorstehenden Erwägungen, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann.



3. Dem Verfahrensausgang entsprechend gehen die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens zu Lasten der Beschwerdeführerin (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidegebühr von Fr. 4'000.-- ist angemessen (inkl. Kosten der Verfügung vom 3. Juni 2010 von Fr. 1'000.--, Art. 13 Ziff. 611 und 622 Gerichtskostentarif, sGS 941.12). Der geleistete Kostenvorschuss in gleicher Höhe ist zu verrechnen.

Ausseramtliche Kosten sind nicht zu entschädigen, zumal sich der Beschwerdegegner am Verfahren nicht beteiligt hat (Art. 98bis VRP).

Demnach hat das Verwaltungsgericht

zu Recht erkannt:

1./ Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 4'000.-- bezahlt die Beschwerdeführerin unter Verrechnung des geleisteten Kostenvorschusses in gleicher Höhe.

3./ Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt.

V. R. W.

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Versand dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführerin



St.Galler Gerichte

- die Vorinstanz
- den Beschwerdegegner

am:

Rechtsmittelbelehrung:

Die Rechtsmittelberechtigung gegen diesen Entscheid richtet sich nach Art. 82 ff., insbesondere Art. 83 lit. f und Art. 113 ff. BGG. Das Rechtsmittel ist innert dreissig Tagen nach der Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.